

## JANVIER - JUIN 2012 : LES RELATIONS DES BANQUIERS AVEC LEURS CLIENTS PRIVÉS AU CENTRE DES INTÉRÊTS

Auteur : PAR **JEAN-PIERRE MATTOU**, AVOCAT ASSOCIÉ, KRAMER LEVIN, PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), ET **ANDRÉ PRÜM**, PROFESSEUR AGRÉGÉ, DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DE FINANCE DE L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

Les temps sont sans doute propices pour veiller à l'existence de relations équilibrées et ainsi à une juste protection des clients particuliers dans les rapports avec leurs banquiers. Des interventions législatives, quoique ponctuelles, comme le règlement européen relatif à l'espace unique de paiement en euros indiquent que cet équilibre ne naît pas toujours spontanément. La période couverte par la présente chronique est riche surtout d'une série de décisions par lesquelles les juges rappellent aux banquiers certains de leurs devoirs, comme celui de respecter la révocation d'un ordre de paiement, l'obligation d'inscrire en compte immédiatement les chèques remis à l'encaissement ou le devoir de conseil du banquier prêteur de deniers, ou en précisent la portée et la sanction. Nombre de ces décisions témoignent de la conjugaison parfois délicate des règles du Code de la consommation avec le fonctionnement des comptes en banque. Par ailleurs, la Chambre commerciale de la Cour de cassation précise par une décision importante la portée de l'exonération partielle de la responsabilité du prêteur de deniers pour soutien abusif d'une entreprise placée dans une procédure collective. La première chambre civile soulève, quant à elle, une nouvelle incertitude quant à la détermination de la loi applicable à un cautionnement.

### I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES - CONCURRENCE

**Règl. Cons. et PE n° 260/2012/UE, 14 mars 2012, sur les virements et les prélèvements**(1). - Le monde des moyens de paiement connaît de nombreuses évolutions et la mise en place de l'espace unique de paiement en euros, mieux connu sous l'acronyme anglais SEPA (*Single Euro Payment Area*), en est l'une des principales manifestations. Le but poursuivi par celui-ci est d'égaliser les conditions techniques et tarifaires entre les paiements par voie électronique nationaux et européens afin de faciliter le règlement financier des échanges et de faire jouer la concurrence aboutissant à une baisse des prix de ces opérations.

Ce règlement, connu aussi par son appellation anglaise « *end date* », est un constat de carence de l'autorégulation des banques dans ce domaine (v. Règl. Cons. et PE n° 260/2012/UE, 14 mars 2012, consid. 5 et s.), dans la mesure où les autorités européennes constatent que pour que les économies d'échelle se réalisent et permettent la baisse des prix attendue, encore fallait-il unifier les circuits nationaux et européens de paiement par virement et par prélèvement et le faire vite. Devant la lenteur du processus que les banques devaient elles-mêmes mettre en place, le législateur européen est intervenu pour fixer une date limite de migration juridiquement contraignante : le 1<sup>er</sup> février 2014. Le texte supprime également les commissions multilatérales d'interchange d'ici le 1<sup>er</sup> février 2017 pour les paiements nationaux, reconnaissant ainsi la nécessité de ménager une transition, y compris au regard des impératifs de concurrence, et impose progressivement l'utilisation d'un seul identifiant de compte pour tous les paiements, le numéro IBAN (*International Bank Account Number*). Les paiements par carte ne sont pas encore concernés, des normes particulières étant en préparation.

**D. n° 2012-609, 30 avr. 2012, relatif à l'information de l'emprunteur lors de la conclusion d'opérations de regroupement de crédits**(2). - Le surendettement passe généralement par la multiplication (exagérée) des crédits. Devant cette multiplication, il peut être utile et plus simple de les regrouper en un seul, avec un taux et une durée uniques ; si, sauf miracle, il ne saurait y avoir véritablement allègement de la charge financière totale et finale pour l'emprunteur, le regroupeur de crédits n'agissant pas par philanthropie, il peut en résulter néanmoins une simplification administrative sensible pour l'emprunteur et le réaménagement de la durée, souvent l'allongement, peut

lui en faciliter le remboursement. La loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010 (JO 2 juill.) a fixé dans l'article L. 313-15 du Code de la consommation le régime juridique en arbitrant entre les dispositions légales applicables (crédit à la consommation, crédit immobilier, crédit renouvelable) en fonction de la présence ou de la pondération de chacun de ces crédits dans l'ensemble. Restait à définir par décret en Conseil d'État les modalités d'information de l'emprunteur. Voilà l'ambition de ce texte qui introduit principalement de nouveaux articles dans le Code de la consommation (C. consom., art. R. 313-12 et s.) en imposant la rédaction d'un document d'information prévu en annexe du décret sous forme de tableau, sur la base des informations communiquées par l'emprunteur, à défaut d'existence d'un fichier positif central en matière d'endettement.

**La commission d'échange d'image chèque n'a pas un objet anticoncurrentiel (CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 23 févr. 2012, n° 2010/20555).** - On se souviendra de la décision n° 10-D-28 du 20 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence(3), qui avait sanctionné les principales banques françaises en leur infligeant une amende de près de 400 millions d'euros, retenant contre elles une entente ayant un objet anticoncurrentiel. Il s'agissait d'un accord intervenu entre banques lors du passage de la compensation des chèques sous forme papier dans les 104 chambres de compensation à un système informatisé et centralisé où seules des images chèques étaient échangées, aboutissant à une forte accélération des délais d'encaissement des chèques. Pour compenser partiellement la perte de trésorerie des banques majoritairement tirées, celles qui avaient une structure de clientèle tirant plus de chèques qu'elles n'en remettaient, perte liée à l'accélération du débit de la banque tirée, une commission interbancaire temporaire fut instaurée, sous l'égide de la Banque de France. C'est elle principalement que l'Autorité de la concurrence considéra comme restrictive de concurrence par objet, estimant qu'elle n'avait pas à rechercher si des effets anticoncurrentiels pouvaient être mesurés sur le marché pour qualifier l'infraction. Il faut dire que l'accord interbancaire ne comportait aucun volet concernant la relation avec les clients, chaque banque restant libre d'agir à sa guise à cet égard.

La cour d'appel de Paris a refusé de suivre l'Autorité dans son appréciation sur ce point essentiel et a considéré que cette commission ne revêtait pas les caractéristiques exigées par les textes et la jurisprudence pour être considérée comme restrictive de concurrence par objet, estimant trop hypothétiques les appréciations de l'Autorité à l'aune du contexte juridique et économique, qui était principalement l'instauration d'un système moderne de compensation des chèques, unanimement salué comme d'intérêt général.

On sait que la restriction de concurrence par objet dispense largement l'Autorité de rapporter la preuve des effets nocifs de l'entente poursuivie, considérée comme potentiellement anticoncurrentielle par nature. Il en va ainsi, par exemple, des accords sur les prix ou sur la répartition géographique du marché. En revanche, l'Autorité doit rapporter la preuve des effets anticoncurrentiels lorsqu'elle est face à une entente n'ayant pas un objet anticoncurrentiel mais provoquant néanmoins des effets anticoncurrentiels. La charge de la preuve s'en trouve inversée.

En choisissant de retenir une restriction par objet, l'Autorité avait en conséquence refusé d'examiner les effets anticoncurrentiels au stade de la qualification, adoptant ainsi une conception extrêmement large du concept d'entente par objet. La cour d'appel, de façon beaucoup plus mesurée et circonstanciée, resitue cette commission dans le contexte de l'accord général sur l'échange d'image chèque, au-delà des commissions compensatoires instaurées, système d'échange qui n'était en aucune manière restrictif de concurrence. Elle insiste également sur le fait que ce type d'accord ne pouvait être instauré qu'à l'unanimité des banques participant au système et non par voie de conventions bilatérales entre banques, comme l'affirmait l'Autorité, qui estime que seuls des accords bilatéraux préservent la liberté tarifaire de chaque banque. Enfin, la cour relève que ces commissions n'ont pas abouti à l'instauration d'un prix plancher dans les relations des banques avec leurs clients, reproche qui a été fait à d'autres commissions interbancaires applicables à d'autres moyens de paiement (4).

La Cour de cassation est saisie d'un pourvoi formé par l'Autorité. Affaire toujours à suivre...

## II - COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

**Aval sur un billet à ordre irrégulier, cautionnement nul pour défaut de respect des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation (Cass. com., 5 juin 2012, n° 11-19.627) (5).** - La subordination de la validité d'un cautionnement souscrit par une personne physique en faveur d'un créancier professionnel aux exigences des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, issus de la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 (JO 5 août), ne permet plus

de sauver un engagement d'aval donné sur un billet à ordre irrégulier. La jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation selon laquelle une mention d'aval portée sur un titre cambiaire nul pouvait valoir commencement de preuve par écrit d'un cautionnement(6) se trouve dès lors écartée dans l'hypothèse précitée. Il est logique qu'un aval, qui n'a pas de valeur en tant qu'engagement cambiaire parce que le titre sur lequel il est apposé n'est pas un titre régulier au regard du droit du change, se trouve soumis au droit commun. Ainsi, l'aval porté sur une lettre de change irrégulière ne vaut cautionnement que pour autant qu'il soit complété par la mention manuscrite imposée par l'article 1326 du Code civil. Le non-respect de cette exigence peut cependant être régularisé par la suite.

Il en va différemment dans le cas d'un billet à ordre avalisé en faveur d'un créancier professionnel. Le formalisme requis par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation l'est en effet sous peine de nullité. Par hypothèse, celui qui avalise un billet à ordre se contente de le signer en précisant éventuellement pour le compte de qui et en faveur de qui il s'engage. Mais il ne songera jamais au respect des articles précités, ne serait-ce que parce que le support même du titre ne le permettrait guère. Or une telle irrégularité ne pourra plus être réparée de sorte que l'engagement qui ne vaut point comme aval ne saurait être sauvé en tant que cautionnement. Ayant accepté un titre cambiaire irrégulier, le bénéficiaire du billet à ordre ne peut guère s'en plaindre.

**Révocation d'achat de musique par carte de crédit (Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-11.275).** - Le développement rapide des achats en ligne ne donne curieusement lieu qu'à un contentieux relativement limité. Sans doute est-ce en raison des sommes généralement modiques en jeu. Les faits à l'origine de l'arrêt signalé sont banals. Un internaute pensait commander en ligne un seul morceau de musique, au prix de 99 cents, mais s'est, en réalité, abonné à un service de diffusion de musique pour 9,99 euros par mois. Le prix est payé au moyen de sa carte de crédit. Plus précisément, l'internaute a autorisé le commerçant à transmettre un « ordre de paiement par prélèvement » à sa banque afin que celle-ci règle à ce dernier, à chaque échéance, le montant mensuel de l'abonnement. Lorsque l'internaute se rendit compte de son erreur et vit que son compte se trouvait débité de 9,99 euros, il s'adressa à sa banque pour lui interdire lesdits prélèvements. Sur le refus de la banque, il saisit la juridiction de proximité de Paris qui refusa de faire droit à sa demande au motif que les ordres de paiement donnés au moyen d'une carte de crédit sont irrévocables. Le pourvoi en cassation se fondait, d'une part, sur le principe d'irresponsabilité du titulaire d'une carte de paiement pour les paiements effectués frauduleusement à distance sans utilisation physique de la carte (C. mon. fin., art. L. 132-4 et L. 132-6) et, d'autre part, sur l'obligation du prestataire de service de paiement de rembourser à l'utilisateur le montant des opérations non autorisées consacrée dans le nouvel article L. 133-18 du même code, introduit par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 (JO 16 juill.).

La Cour de cassation se distance des deux moyens. Sous le visa de l'article 1134 du Code civil, elle ne casse pas moins, pour défaut de base légale, la décision en reprochant à la juridiction de proximité de ne pas avoir recherché « *dès lors qu'elle avait relevé que la carte avait été utilisée pour souscrire un abonnement payable mensuellement, si la contestation formulée par le titulaire de la carte ne valait pas révocation pour l'avenir du mandat ainsi donné* ».

La solution mérite d'être pleinement approuvée en ce qu'elle distingue, comme il se doit, le consentement à l'opération fondamentale, y compris, le cas échéant, les modalités de paiement, de l'ordre de paiement(7). La banque qui reçoit l'instruction de paiement ne saurait ignorer une révocation de cet ordre si celui-ci intervient pour un paiement futur. L'irrévocabilité des ordres de paiement par carte (C. mon. fin., art. L. 132-2) ne vaut, en effet, que pour les paiements actuels. C'est d'ailleurs cette solution que retient expressément l'ordonnance du 15 juillet 2009 en disposant dans le nouvel article L. 133-7 du Code monétaire et financier que « *le consentement peut être retiré par le payeur tant que l'ordre de paiement n'a pas acquis un caractère d'irrévocabilité conformément aux dispositions de l'article L. 133-8* » et que « *le consentement à l'exécution d'une série d'opérations de paiement peut être retiré, avec pour effet que toute opération postérieure est réputée non autorisée* ». Ces nouvelles dispositions ne sont entrées en vigueur que le 1<sup>er</sup> novembre 2009, c'est-à-dire postérieurement à l'opération litigieuse. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation a évité de s'y référer, même s'il y avait des arguments pour considérer qu'elles pouvaient s'appliquer en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la solution exprimée résulte aussi du droit commun et du principe de la révocabilité du mandat. Elle est de bon sens et méritait d'être rappelée par la Haute juridiction.

Il faut toutefois noter que la reconnaissance de la révocation des ordres de paiement ne règle que partiellement la

situation à laquelle s'est trouvé confronté en l'espèce l'internaute malheureux. Ayant donné son consentement à l'abonnement, même par erreur, il devra en contester la validité et sera en tout état de cause bien avisé de le résilier immédiatement, sous réserve d'une annulation future. Tant que cette question n'est pas vidée dans son rapport avec le commerçant, il devra s'acquitter du prix de l'abonnement mensuel, même si celui-ci ne sera plus prélevé automatiquement sur son compte.

**Chèque, remise à l'encaissement et obligation d'inscription immédiate en compte (Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-17.061).** - Les données factuelles de cette affaire sont banales. En effet, le client d'une banque avait remis un chèque à l'encaissement, chèque émis par une société dont il était également le gérant. La banque n'inscrivit pas le montant du chèque au compte du remettant mais dans un compte d'attente, car après vérification opérée par elle, elle avait été informée par la banque tirée que le chèque en question était sans provision. Dans le même temps, le remettant tira deux chèques sur son compte qui furent rejetés pour défaut de provision. Il estima que si la banque avait crédité son compte, et non un compte d'attente, du montant du chèque remis, les deux chèques émis auraient été provisionnés et payés et qu'ainsi en ne créditant pas immédiatement son compte la banque avait commis une faute lui ayant causé un préjudice dont elle lui devait réparation.

La cour d'appel devait rejeter cette demande particulièrement hardie, et la Cour de cassation à son tour de repousser le pourvoi dont le moyen principal arguait que le banquier qui reçoit un chèque à l'encaissement doit inscrire son montant au crédit du compte du remettant, quitte à exercer après, en cas de non-paiement pour défaut de provision, une action en remboursement contre son client.

L'intérêt de cette décision est de se prononcer très clairement sur un point qui n'avait pas encore fait l'objet d'une position aussi tranchée de la part de la jurisprudence : en effet, elle affirme que le banquier chargé de l'encaissement d'un chèque doit l'inscrire immédiatement au crédit du compte du remettant, sauf stipulations ou circonstances particulières et à condition d'en informer alors son client (<ATTfleche> 001). Et de juger qu'en la circonstance, même si la banque avait prévenu son client qu'elle différerait l'inscription en compte, les chèques émis n'auraient pas pu être payés faute de provision, la faute de la banque remettante était dès lors sans lien de causalité avec ce non-paiement et le préjudice qui a pu en résulter pour le tireur.

#### EXTRAITS

<ATTfleche> 001 Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-17.061

« Attendu que le banquier, auquel un chèque est remis à l'encaissement, s'il ne procède pas à son inscription en compte immédiatement, a l'obligation d'en prévenir son client, faute de quoi il engagerait sa responsabilité, sauf stipulations contractuelles contraires ou circonstances particulières »

La doctrine la plus éclairée enseignait déjà que la pratique de l'avance sur encaissement de chèque, devenue quasi systématique depuis l'ère des traitements informatisés, impliquait que « le banquier qui diffère la passation en compte doit prévenir le client sous peine d'engager sa responsabilité » (8). Dans des circonstances analogues, la Cour de cassation s'était contentée d'affirmer, prenant le problème sous un angle différent, que « dès lors que le montant d'un chèque en instance d'encaissement ne peut constituer une provision disponible », la responsabilité de la banque qui avait refusé le paiement d'un chèque tiré sur ses caisses devait être écartée(9).

Ce qui est devenu une pratique courante, largement due à l'automatisation de ces opérations de masse, est désormais, pour la Cour suprême, une obligation, à savoir créditer le compte du remettant immédiatement, sauf naturellement à en informer le client et pour une raison identifiée. Cela signifie aussi qu'il n'est pas fautif pour une banque de créditer immédiatement des chèques remis sans procéder à une vérification particulière concernant l'existence ou non de leur provision.

### III - CRÉDITS

#### A - GÉNÉRALITÉS

**Marché de travaux et maison individuelle, devoirs d'information et de conseil du banquier (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 janv. 2012, n° 10-19.714).** - Financer la construction d'une maison individuelle n'est pas sans risques pour un banquier,

même au stade de la conclusion du prêt. Dans l'hypothèse où son client l'approche avec un contrat de construction auquel se trouve déjà joint le plan de sa future maison, le banquier se trouve véritablement associé au projet en étant tenu d'examiner ce contrat pour prévenir son client des risques qu'il prend (CCH, art. L. 231-10)(10). Même si la loi ne lui impose ce devoir qu'en présence d'un contrat de construction avec plan, le banquier ne peut pas espérer y échapper lorsque son client lui présente un simple marché de travaux. Certes, le banquier n'est pas censé s'immiscer dans les relations entre son client - maître de l'ouvrage - et le constructeur, et ne doit, en particulier, pas requalifier l'opération qui lui est présentée lorsqu'elle ressort à la catégorie des contrats de construction. Mais il n'est pas moins tenu vis-à-vis de son client d'un devoir d'information et de conseil. Ainsi, lorsqu'il devait se rendre compte, en qualité de professionnel rompu à la lecture des contrats de construction de maison individuelle, qu'un marché de travaux n'était rien d'autre qu'un tel contrat de construction, il ne pouvait s'abstenir de prodiguer à son client les conseils nécessaires. Le manquement à ce devoir risque de lui coûter cher, comme il ressort de l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Riom condamnant le prêteur de deniers à indemniser l'emprunteur à hauteur des sommes déboursées. Il aurait sans doute été plus orthodoxe de restreindre la condamnation au préjudice causé par la perte de la chance dont le banquier a privé son client de conclure un contrat de construction avec toutes les garanties légales ou de renoncer à son projet(11).

## B - GARANTIE DES CRÉDITS

**Information annuelle de la caution et découvert en compte (Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25.586, JCP G 2012, n° 11-12, 544, obs. Ph. Simler).** - L'articulation de l'obligation faite aux établissements de crédit ayant accordé un concours financiers à une entreprise d'informer annuellement les cautions de l'existence et de la portée de leur engagement avec les règles du compte courant continue à poser difficulté lorsque ce concours prend la forme d'une autorisation de découvert. Pour que le défaut d'information soit sanctionné suffisamment sévèrement par la déchéance des intérêts en présence d'un compte courant, la jurisprudence avait, dès l'introduction de l'obligation par la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 (JO 2 mars), écarté, dans les rapports entre la banque et la caution, le jeu de la fusion de toutes les inscriptions au sein des comptes courants en décidant que les agios inscrits en compte s'imputaient sur le solde débiteur dû par la caution, effaçant ainsi potentiellement toute la couverture. Le législateur est venu consacrer cette solution par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 (JO 29 juin) complétant l'article L. 313-32 du Code monétaire et financier.

Cette orientation semble aujourd'hui remise en cause par la Cour de cassation qui dispense, dans l'arrêt commenté, le banquier bénéficiaire du cautionnement d'indiquer à la caution, en présence d'un compte courant, le montant des intérêts dus par le titulaire du compte. Il suffit, selon cette décision, qu'outre les autres informations obligatoires, le taux d'intérêt soit rappelé annuellement à la caution.

Le véritable enjeu de cette solution ne se situe pas au niveau de l'assouplissement du contenu de l'obligation d'information mais bien de sa sanction. Comme le relève le doyen Simler, de deux choses l'une : ou bien les agios ne doivent pas être dissociés du principal seulement pour déterminer le contenu de l'information, mais continuent à être imputés sur le solde, en cas de défaut d'information, pour réduire, voire effacer la couverture de la caution ; ou bien l'absence de dissociation vaut aussi pour la sanction et la caution ne verra pas sa couverture réduite. La première voie est difficilement conciliable avec la nouvelle règle arrêtée par la Haute juridiction ; la seconde ne serait guère cohérente avec le renforcement de la sanction consacrée par le législateur en 1999. À croire que la Cour de cassation n'a pas mesuré pleinement les conséquences de sa décision.

**Étendue de la protection des cautions personnes physiques vis-à-vis d'un créancier professionnel (Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630).** - Le Code de la consommation peut parfois constituer une arme sournoise au profit d'un commerçant dans ses rapports avec un autre professionnel. Le dirigeant d'une société s'est porté caution envers une entreprise de matériaux de construction qui avait fait crédit à celle-ci. Lorsque l'entreprise en question, dont il était l'associé unique et le gérant, a déposé son bilan, le dirigeant a contesté la validité de son engagement au motif que sa signature n'était pas précédée des mentions, imposées à peine de nullité, par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, pour les cautionnements souscrits par acte sous seing privé par une personne physique au profit d'un créancier professionnel. La cour d'appel de Montpellier rejette l'argument, mais son arrêt est cassé par la



Chambre commerciale de la Cour de cassation. « *Le créancier professionnel* » n'est pas uniquement celui qui fait le commerce du crédit mais doit s'entendre de tous ceux « *dont la créance est née dans l'exercice de leur profession* ». Une entreprise qui vend des matériaux en accordant à son client un délai de paiement et qui se fait couvrir par un cautionnement pour se garantir contre un défaut de paiement tombe donc pleinement dans le champ d'application des textes en question. Pareillement, il n'y a pas à distinguer selon que la personne physique qui s'est obligée en tant que caution est ou n'est pas un débiteur averti dès lors qu'elle s'est engagée par acte sous seing privé(12).

La solution n'est pas une surprise puisque la Chambre commerciale s'aligne simplement sur la position déjà adoptée par la première chambre civile. Elle reste cependant un piège pour les professionnels qui peuvent légitimement considérer que leurs rapports avec d'autres professionnels ne sont pas soumis à des règles figurant dans le Code de la consommation. Il est temps, comme le dit aussi D. Legeais, que celui-ci soit épuré des textes qui dépassent la protection des consommateurs afin qu'ils puissent trouver leur juste place, en l'espèce, dans le Code civil(13).

**Recours du créancier contre le débiteur principal nonobstant la compensation obtenue par la caution (Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-28.635, JCP E 2012, n° 17, 1275, obs. J.-J. Barbiéri, JCP G 2012, n° 20-21, 616, note Ph. Simler).** - Ce n'est point parce qu'une solution découle du bon sens que sa justification technique est toujours aisée. La Cour de cassation vient d'en faire à nouveau l'expérience à propos des conséquences de l'extinction, totale ou partielle, du recours d'un créancier contre la caution sur la créance du premier sur le débiteur principal. Voyant son engagement mis en jeu par le créancier, une caution obtient la condamnation de celui-ci pour le comportement fautif qu'il a eu à son égard à l'occasion de l'obtention du cautionnement à des dommages-intérêts équivalents au montant de la couverture. Naturellement, la juridiction du fond ordonne la compensation entre les créances réciproques du créancier et de la caution. La difficulté apparaît lorsque, éconduit dans son recours contre la caution, le créancier engage une procédure d'exécution contre le débiteur principal et que celui-ci, appuyé par la caution, se prévaut de l'extinction de la créance principale suite à sa compensation avec la dette du créancier résultant de sa condamnation envers la caution. Il tombe sous le bon sens que la perte du cautionnement ne peut en ces circonstances résulter par ricochet en la libération du débiteur principal. Mais l'argument soulevé était habile puisqu'il tirait simplement les conséquences d'un paiement de la caution par voie de compensation.

Après avoir reconnu à divers égards les effets d'une telle compensation, la Cour de cassation ne s'est pas laissée tromper sur la dissociation qu'il convenait d'opérer entre le recours écarté du créancier contre la caution et son droit au paiement vis-à-vis du débiteur principal. Mais en fondant sa décision sur le régime de la compensation, elle manque de l'asseoir sur une explication claire et univoque.

Selon son arrêt, « *il résulte de la combinaison des articles 1234, 1294, alinéa 2, et 2288 du Code civil que la compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts, résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement, et celle due par cette dernière, au titre de sa garantie envers ce même créancier, n'éteint pas la dette principale garantie mais, à due concurrence, l'obligation de la caution* ». Si la compensation constitue un mode d'extinction de dettes réciproques en emportant leurs paiements respectifs, la caution, qui est censée avoir payé le créancier, devrait pouvoir se retourner contre le débiteur principal. De toute évidence un tel recours aboutirait à un enrichissement injuste de sa part. Parallèlement, le créancier, censé avoir été payé par la caution, se trouverait privé de sa créance principale et resterait, en réalité, totalement impayé. Ce n'est donc point, comme l'observe à juste titre le doyen Simler, dans la technique de la compensation qu'il faut chercher la justification d'une solution qui s'impose.

Au cas où le comportement fautif du créancier vis-à-vis de la caution doit conduire à le priver, en tout ou en partie, de la couverture obtenue dans ces conditions, l'argument doit rester cerné par le cadre procédural dans lequel il est soulevé. C'est le cas naturellement lorsque la caution s'en prévaut comme moyen de défense. Il n'y a pas de raison de lui donner une portée différente lorsqu'elle le fait, comme l'y autorise la Haute juridiction, par voie de demande reconventionnelle. Il serait utile que la Cour de cassation le reconnaisse explicitement et lève l'ambiguïté résultant de son renvoi aux règles de la compensation.

## C - RÉMUNÉRATION DU PRÊTEUR

**Exclusion de la capitalisation des intérêts dans le crédit à la consommation (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 févr. 2012, n° 11-**

**14.605).** - À la suite d'un défaut de paiement d'un crédit renouvelable, la banque prêteuse poursuit son client et obtint sa condamnation au paiement avec capitalisation des intérêts dus et impayés, sur la base de l'article 1154 du Code civil. La Cour de cassation devait casser sans renvoi cette décision, en estimant que les dispositions de l'article L. 311-32 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010 (JO 2 juill.), selon lequel aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux mentionnés aux articles L. 311-29 à L. 311-31 du même code ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance, excluent nécessairement la capitalisation des intérêts(14).

La règle posée par la Cour de cassation, pour la première fois, est applicable tant aux intérêts conventionnels qu'aux intérêts légaux, à l'anatocisme conventionnel, comme à l'anatocisme judiciaire. Reste à savoir si les nouvelles dispositions combinées de l'article L. 311-23 du Code de la consommation, qui reprend les dispositions de l'ancien article L. 311-32, et celles de l'article L. 311-16, qui indique que « *la capitalisation des intérêts est soumise aux dispositions de l'article 1154 du Code civil* », permettront à la jurisprudence de maintenir la solution dégagée par l'arrêt commenté pour les crédits à la consommation consentis après le 1<sup>er</sup> mai 2011, date d'application de la réforme ?

**Limite de l'habilitation bancaire, TEG et parts sociales, prescription (Cass. com., 7 févr. 2012, n° 11-10.833) (15).**

- À la suite du défaut de paiement de prêts consentis en 1994, la banque prêteuse poursuit les emprunteurs, qui, à leur tour, l'assignèrent en 2008, soulevant la nullité du prêt pour défaut de capacité de la caisse régionale prêteuse, estimant que seules les caisses locales de Crédit Agricole avaient la capacité de prêter, et aussi et surtout en reprochant à la cour d'appel d'avoir déclaré prescrite leur contestation du taux effectif global (TEG) appliqué, qui se révélait inexact, faute d'avoir inclus dans son calcul le prix de souscription des parts sociales, comme cela se pratique souvent dans les établissements mutualistes.

Sur le premier point, la Cour de cassation a rappelé sa position traditionnelle, selon laquelle « *la seule méconnaissance par un établissement de crédit des limites de son habilitation n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il conclut* »(16). Sur le second point, reprenant implicitement mais nécessairement la jurisprudence contestée et contestable de la première chambre civile incluant le prix de souscription des parts sociales imposé par le prêteur dans le calcul du TEG(17), malgré son caractère d'investissement éminemment remboursable, elle considère que le point départ de la prescription quinquennale applicable à cette action en contestation est la date de la convention lorsque l'examen de sa teneur permet de constater l'erreur ; ici, tant l'offre de prêt que l'acte authentique qui le constatait en 1994 permettaient à leur seule lecture de remarquer que le prix de souscription des parts sociales n'avait pas été inclus dans le calcul du TEG, si bien que l'action était dès lors prescrite. Certes, la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation ne s'est clairement prononcée en ce sens qu'en 2004, il n'en demeure pas moins que le fait est avéré dès 1994 et que rien n'empêchait ces emprunteurs d'être alors les premiers à le soulever. C'est le propre de la jurisprudence que d'être rétroactive.

**Commission d'intervention et TEG (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2012, n° 11-10.199)(18).** - Les commissions d'intervention sont des commissions perçues par les banques lors d'une opération entraînant une irrégularité de fonctionnement du compte et provoquant de ce fait une intervention particulière de la banque. La question qui était posée ici était relative au point de savoir si à l'occasion du fonctionnement à découvert du compte, découvert qui n'avait été ni autorisé ni formalisé mais toléré pour de courtes périodes inférieures à trois mois continus, ce qui justifiait qu'une offre de crédit n'ait pas été faite au client, il y avait lieu d'intégrer ces commissions dans le calcul du taux effectif global (TEG). La Cour de cassation répond par la négative, car celles-ci n'étaient pas liées à l'opération de crédit mais rémunéraient seulement une utilisation abusive du compte courant. Il n'y avait dès lors pas à les intégrer au TEG.

Malgré le caractère très large des dispositions de l'article L. 313-1 du Code de la consommation sur les éléments devant être inclus dans le TEG, encore faut-il que ceux-ci soient liés à l'opération de crédit ; il peut se trouver, dans certaines circonstances, que ces commissions d'intervention, parfois dénommées « commission de forçage », soient en fait liées à l'opération de crédit et elles doivent alors être incluses(19), notamment dans l'hypothèse où elles sont perçues à chaque opération irrégulière mais en définitive autorisée et inscrite en compte ; mais le plus souvent, et encore dans cette espèce, ces commissions sont perçues tout d'abord en vertu des conditions générales tarifaires communiquées au

client et ensuite du fait d'opérations irrégulières, qu'elles soient autorisées ou bien rejetées.

#### IV - RESPONSABILITÉ

**Soutien abusif et article L. 650-1 du Code de commerce (Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077 <ATTfleche> 002 RD bancaire et fin. 2012, comm. 114, note F.-J. Crédot et Th. Samin, D. 2012, p. 1455, obs. R. Dammann et A. Rapp, D. 2012, p. 1455, obs. A. Lienhard).** - Lors de la réforme du 26 juillet 2005 (L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, JO 27 juill.), le législateur a, à notre sens, heureusement cantonné le risque pour une banque d'être accusée de soutien abusif dans l'hypothèse où elle a consenti un crédit à une entreprise peu avant que celle-ci ne soit placée sous le régime d'une procédure collective. Même circonscrit par la jurisprudence, ce danger ne pouvait que décourager les établissements de crédit de soutenir une entreprise au moment où elle en avait probablement le plus besoin, précipitant ainsi la cessation des paiements. Or l'on sait très bien que les redressements, une fois la procédure collective ouverte, demeurent difficiles et rares. Le nouvel article L. 650-1 du Code de commerce, légèrement retouché par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, JO 19 déc.), met les créanciers, et en première ligne les banquiers, largement à l'abri du risque en disposant que : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie des concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». L'opportunité et par la même occasion la portée de cette disposition ont fait l'objet de vifs débats.

##### EXTRAITS

<ATTfleche> 002 Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077

« *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie des concours sont disproportionnées à ceux-ci* ».

Par son arrêt du 27 mars 2012, estampillé « FS-P+B+R+I », la Chambre commerciale de la Cour de cassation coupe court à la discussion principale de savoir si les exceptions prévues par l'article L. 650-1 ouvrent seulement la voie d'une action en responsabilité pour faute, qui reste à être prouvée, ou constituent en soi des causes autonomes de responsabilité. Sa position est claire : l'action en responsabilité contre un créancier n'est admise que dans les trois hypothèses visées par le texte et à condition que le concours consenti soit lui-même fautif. L'autre interprétation, que d'ailleurs seule une minorité d'auteurs défendait, allait manifestement à l'encontre du but du texte et risquait même, comme certains l'ont remarqué, d'aggraver le danger pour les prêteurs de deniers. Il faut donc se féliciter que ce débat soit clos.

Les faits de l'espèce illustrent d'ailleurs parfaitement qu'une responsabilité fondée directement sur les exceptions de l'article L. 650-1 aurait constitué une sanction inappropriée. L'action était engagée par le président-directeur général (P-DG) de la société débitrice qui s'était porté caution et se plaignait du caractère disproportionné de la couverture réclamée par la banque eu égard au montant de ses concours et aux autres garanties dont il bénéficiait déjà. Le dispenser de la preuve du caractère fautif du concours lui aurait permis d'obtenir une condamnation du banquier alors qu'il était lui-même sans doute la personne la mieux placée pour connaître la situation réelle de son entreprise et ainsi ses chances de rembourser ou non les crédits sollicités. L'obliger, comme le fait la Cour de cassation, à démontrer que le banquier a commis une faute le met dans la situation délicate, en tant que P-DG ayant demandé et accepté les soutiens, d'arguer que ces crédits étaient en réalité ruineux par leurs conditions ou vains en raison de la situation déjà irrémédiablement compromise de son entreprise. L'article L. 650-1 du Code de commerce n'a certainement pas pour but, ni ne peut avoir pour effet, de court-circuiter l'exigence d'une faute en rapport direct avec l'octroi du crédit au profit de dirigeants-cautions qui ont négocié, en toute connaissance de cause, ce crédit.

**Évaluation du préjudice pour manquement d'appel de couverture d'opérations à terme (Cass. com., 22 mai 2012, n° 11-17.936, RD bancaire et fin. 2012, comm. 132, note A.-C. Muller).** - Il ne fait pas de doute que l'intermédiaire financier qui manque de réclamer à son client, réalisant des opérations sur un marché à terme, la couverture requise pour de telles opérations commet une faute(20). La question qui demeure est celle de la détermination du préjudice



susceptible d'être causé par cette faute(21). L'arrêt évoqué de la Chambre commerciale permet de se faire une meilleure idée de l'orientation de sa jurisprudence. En matière de réparation de préjudice boursier, il est tentant de raisonner en termes de perte de chance pour aboutir, en définitive, à un partage de la charge des pertes subies, ce qui correspond parfois plus à une décision d'équité qu'à une appréciation stricte en droit(22). Il n'y a d'ailleurs probablement pas de meilleure solution pour le dommage causé à un investisseur, non averti, qui n'a pas été correctement informé ou mis en garde contre les risques qu'il prend en se lançant dans une certaine spéculation boursière. Le risque auquel l'intermédiaire financier qui a négligé d'informer son client s'expose est bien celui de prendre une décision d'investissement non avisée ou, peut-être plus fréquemment encore, de ne pas prendre la décision de désinvestir à temps. La notion de perte de chance intègre précisément cet aléa.

Mais il est des situations où la négligence du professionnel ne résulte pas, à proprement parler, d'un tel aléa mais se trouve véritablement à l'origine de la réalisation d'un risque encouru. Le droit commun de la responsabilité veut qu'il soit dans ce cas tenu à la réparation intégrale du dommage.

La faute consistant à ne pas demander à son client la couverture obligatoire pour réaliser une opération sur un marché à terme relève de ce genre lorsqu'elle lui a permis de s'engager alors qu'autrement il n'aurait pas pu le faire. C'est à cette solution qu'aboutit la Chambre commerciale, en considérant que le banquier « *doit répondre de l'aggravation du solde débiteur* » du compte de son client résultant des opérations à terme conclues à un moment où celui-ci n'avait manifestement plus les moyens pour constituer la couverture. Même si les termes de l'arrêt restent quelque peu elliptiques, il faut se féliciter que la Chambre commerciale ait écarté ainsi le raisonnement fondé sur la perte d'une chance qu'avait retenu la cour d'appel. Cela aboutit non seulement à une réparation plus exacte du dommage causé, mais renforce également l'obligation d'appeler la couverture des opérations à terme qui, au-delà de la protection des investisseurs, doit contribuer à la sécurité des marchés par l'élimination des positions spéculatives susceptibles d'être prises par des personnes qui n'en ont ni les moyens financiers, ni les connaissances pour mesurer les risques qu'elles prennent. Les périodes de recul des bourses sont salutaires, au moins pour rappeler l'importance aux intermédiaires financiers de certains de leurs devoirs.

**Interdiction bancaire et responsabilité du banquier (Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-27.806).** - L'interdiction bancaire peut se révéler une arme à double tranchant pour une banque, si elle est utilisée comme moyen de pression. En l'occurrence, une société avait émis des chèques sans provision, ce qui avait entraîné son inscription au fichier des incidents de paiement et une interdiction bancaire de la société mais aussi de son ancien gérant par la banque.

Celui-ci avait dû, sous la pression de la banque, rembourser personnellement tant les chèques impayés que le solde du compte de la société et les pénalités liées, sous menace de la banque de ne pas faire lever l'interdiction bancaire qui le frappait personnellement ; la cour d'appel devait condamner la banque pour cette attitude et la Cour de cassation de rejeter son pourvoi, après avoir constaté que l'interdiction bancaire avait effectivement été appliquée également à l'ancien gérant.

## V - OPÉRATIONS INTERNATIONALES

**Loi applicable au cautionnement (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 oct. 2011, n° 10-19.517).** - Il devient difficile de savoir à l'avance à quelle loi est soumis le cautionnement international qui ne mentionne pas expressément la loi choisie. En effet, depuis la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le droit applicable aux obligations contractuelles, la solution identique étant reprise par le règlement « Rome I » du 17 juin 2008 (Règl. n° 593/2008/CE, JOUE 4 juill., n° 177), le caractère accessoire du cautionnement n'entraîne plus *ipso facto* l'application de la même loi au cautionnement que celle régissant l'obligation principale qu'il garantit, comme le retenait auparavant la jurisprudence(23). À plusieurs reprises ces dernières années, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que le cautionnement était soumis à « *sa loi propre* »(24), appliquant les critères dégagés par la Convention, à savoir le lieu du siège ou de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique au moment de la conclusion de l'acte. Dans la présente espèce, la première chambre civile tourne le dos à cette règle, que le pourvoi rappelait pourtant expressément, estimant que l'accessorité du cautionnement permettait de conclure que la prestation caractéristique était l'obligation principale garantie et non le cautionnement lui-même (<ATTfleche> 003).

**EXTRAITS**

<ATTfleche> 003 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 oct. 2011, n° 10-19.517

« Mais attendu que la cour d'appel faisant application de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 a relevé que la convention litigieuse était une convention passée avec un établissement d'hébergement pour personnes âgées, que la prestation caractéristique du contrat était la fourniture de cet hébergement et que l'engagement de M. Y en tant que caution n'était que l'accessoire de l'obligation principale d'hébergement ; qu'elle a pu en déduire que la convention ayant été signée en Belgique où est située la maison de retraite, cette convention était soumise, tant en ce qui concerne la forme que le fond, au droit belge »

Il s'agissait en l'espèce d'un contrat aux termes duquel une Française avait été placée dans une maison de retraite en Belgique et dont le fils, résident français, s'était porté caution des paiements dus à ce titre. Le cautionnement semble avoir été donné dans la convention principale elle-même. Ni la convention principale, ni le cautionnement ne comportaient de clause de droit applicable. Si l'application du droit belge à la convention d'hébergement ne faisait pas difficulté, il n'en allait pas de même pour celle applicable au cautionnement. Il semble que la première chambre civile ait été impressionnée par le fait que la convention principale et le cautionnement étaient contenus dans le même contrat, matériellement parlant. Naturellement, cette circonstance ne devrait pas interférer sur la détermination du droit applicable au fond.

L'affirmation de la première chambre civile sur le caractère accessoire du cautionnement n'est pas propre à cette affaire particulière ; on peut affirmer la même chose de tous les cautionnements. Faudra-t-il en conclure qu'ils sont alors nécessairement soumis à la loi applicable à l'obligation garantie ? La solution s'écarterait des textes européens et de la jurisprudence de la Chambre commerciale.

Il est urgent que la Cour de cassation unifie sa jurisprudence.

Le pourvoi tentait de tirer de l'application revendiquée du droit français au fond, l'application de ce même droit à la forme et notamment la mention manuscrite complète imposée par l'article L. 341-2 du Code de la consommation français, qui n'y figurait pas. Il aurait été aisé à la première chambre civile de retenir l'application de la loi belge, lieu de signature de la convention et du cautionnement, à la forme et le droit français au fond, comme le permet le caractère facultatif de la règle « *locus regit actum* », reconnu tant par la Convention de Rome que par le règlement « Rome I », sauf à considérer que le fils agissait en qualité de consommateur et à juger que c'était alors nécessairement la loi de sa résidence habituelle qui avait vocation à s'appliquer à la forme du cautionnement, comme le prévoit l'article 9.3 de la Convention de Rome, qui exclut toute option avec le lieu de signature de l'acte dans ce cas. Mais cette question n'a pas été soulevée devant la Cour de cassation.

Notes

(1)

Règl. Cons. et PE n° 260/2012/UE, 14 mars 2012, JOUE 30 mars, n° L 94.

[Retour au texte](#)

(2)

D. n° 2012-609, 30 avr. 2012, JO 3 mai ; S. Piedelièvre, Le consommateur et le regroupement de crédit, Gaz. Pal. 6-7 juin 2012, p. 5.

[Retour au texte](#)

(3)

(Aut. conc., déc. n° 10-D-28, 20 déc. 2010, Dr. & patr. 2011, n° 202, p. 96.

[Retour au texte](#)

(4)

V. à cet égard la décision de Trib. UE, 24 mai 2012, aff. T-111/08, rejetant le recours en annulation de Mastercard contre la décision de la Commission européenne du 19 décembre 2007, J. Lucas, RD bancaire et fin. juill.-août 2012, 8.

[Retour au texte](#)

(5)

Cass. com., 5 juin 2012, n° 11-19.627, Gaz. Pal 2012, n° 179-180, p. 5, avis L. Le Mesle.

[Retour au texte](#)

(6)

Cass. com., 24 juin 1997, n° 95-18.153.

[Retour au texte](#)

(7)

R. Bonhomme, Le déclenchement de l'opération de paiement : le consentement et l'ordre, JCP E 2010, n° 1032 ; commentaire sous cet arrêt de J. Lasserre Capdeville, D. 2012, p. 1520.

[Retour au texte](#)

(8)

M. Cabrillac, Le chèque et le virement, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1980, n° 178 ; C. Gavalda et J. Stoufflet, Instruments de paiement et de crédit, Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2009, n° 248.

[Retour au texte](#)

(9)

Cass. com., 4 mars 1986, n° 84-16.880, D. 1987, jur., p. 25, note M. Cabrillac.

[Retour au texte](#)

(10)

L. n° 90-1129, 19 déc. 1990, JO 22 déc.

[Retour au texte](#)

(11)

V. l'annotation de cet arrêt par C. Assimopoulos, LEDIU mars 2012, p. 5.

[Retour au texte](#)

(12)

I. Riassetto, Rev. sociétés 2012, p. 286.

[Retour au texte](#)

(13)

D. Legeais, RTD com. 2012, p. 177.

[Retour au texte](#)

(14)

G. Poissonnier, Prohibition de la capitalisation des intérêts en droit du crédit à la consommation, D. 2012, p. 1158.

[Retour au texte](#)

(15)

Cass. com., 7 févr. 2012, n° 11-10.833, JCP G 2012, n° 16, n° 489, obs. J. Lasserre Capdeville.

[Retour au texte](#)

(16)

Cass. com., 24 avr. 2007, n° 05-21.998, et sur l'agrément en général, Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725.

[Retour au texte](#)

(17)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 2004, n° 02-13.206.

[Retour au texte](#)

(18)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2012, n° 11-10.199, Rev. banque 2012, p. 81, obs. J.-L. Guillot et M. Boccara.

[Retour au texte](#)

(19)

Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-20.783.

[Retour au texte](#)

(20)

Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10.761.

[Retour au texte](#)

(21)

R. Bonhomme, Responsabilité et gestion du risque financier, RD bancaire et fin. 2010, étude 31 ; A.-C. Muller, Le rôle des autorités européennes dans la réparation des dommages, RD bancaire et fin. 2012, dossier 35.

[Retour au texte](#)

(22)

N. Spitz, La réparation des préjudices boursiers, Revue Banque Éditeur, 2010.

[Retour au texte](#)

(23)

Par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 déc. 1996, n° 94-18.281, JCP 1997, II, 22827, obs. H. Muir Watt.

[Retour au texte](#)

(24)

Cass. com., 8 juin 2010, n° 08-16.298, Dr. & patr. 2011, n° 202, p. 100 ; Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-11.751, Dr. & patr. 2011, n° 206, p. 88.

[Retour au texte](#)